John Carter Brown
Library
Brown University

✠

POR PARTE DE Dn JOSEPH DE SEMPER MUGUERTEGUI Y Santibañes, ſe ponen en la Superior conſideracion de V. S. los fundamentos de derecho y Juſticia que le aſsiſten, paraque V. S. ſe ſirva de revocar el Auto del Tribunal del Conſulado, en que mandò deſpachar mandamiento de poſeſion à D. Martin de Olavide, como à acreedor poſterior por el derecho de ofrecer del Navio nombrado Nra. Sra. de Aranzazu, que ſe rematò por concurſo formado à los bienes de D. Antonio de Madriaga, y D. Gabriel de Alzaga, en D. Joſeph de Semper, y mandar, que à eſte ſe le deſpache el mandamiento de poſeſsion de dicho Navio enconformidad del remate que de el ſe le hizo.

HECHO.

HALLANDOSE D. ANTONIO DE Madriaga, y Don Gabriel de Alzaga, obligados à crecidas dependencias, ſin que ſus bienes fueſſen ſuficientes à la ſatisfaccion de ellas, demandaron eſperas à ſus acredores, y ſe las otorgò la mayor parte por el termino de tres años nombrando por adminiſtrador del expreſſado Navio al referido D. Gabriel, y en ſu intervalo hizo eſte viaje al Reyno de Tierra firme, de donde volvio gravado

vado, y obligado à nuevas y quantiosas cantidades que contrajo para traficarle, è interpelado por los acredores refaccionarios de aquel vltimo viaje, quienes le pidieron en el Tribunal del Consulado, que exhibiesse las planillas de los fletes, paraque con su importe se satisfaciessen sus creditos, con este motivo se presentaron los acredores anteriores, segun parece de los autos; con los instrumentos que à su favor les havian otorgado los deudores comunes, y pidieron, se les despachasse mandamiento de execucion contra el referido Navio sugeta materia del concurso, que aunque no se librò el mandamiento, por omitirlo el Tribunal del Consulado en los casos que de esta naturaleza se ofrecen, mirando à oviar algunos costos del embargo, y deposito en beneficio de los deudores, y tambien de los mesmos acredores, se les huvo à estos por opuestos, y de este modo se formò el concurso mandandose dar los pregones dispuestos por derecho, y hacerse tasasion del dicho Navio.

Cuias diligencias practicadas, por repetidos pedimentos è instancias que hicieron los acredores (como ministra el processo) para que se sacasse al remate el referido Navio; se mandò sacar por el Tribunal, señalando para el efecto diversos dias por no comparecer lisitadores à èl hasta que se rematò en D. Joseph de Semper el dia veinte de Febrero de este presente año, haviendose dado sobre la postura que hizo, los pregones prevenidos por derecho, en cantidad de 20ꝟ. p. obligandose bajo de fianza à satisfacerlos dada la sentencia de preferidos: en cuio estado, corriendo los nueve dias fatales que dispone el derecho para deducir el retracto de sangre: saliò D. Martin de Olavide como heredero de Don Domingo de Xauregui, y administrador de sus dependencias, acreedor posterior que perdia en este concurso, y pidiò se le adjudicase por el tanto del remate, y con las calidades que se havia celebrado en D. Joseph de Semper, por el derecho de ofrecer que le asistia como acreedor posterior que perdia; de que se dio traslado à D. Joseph Semper, y substancia-

do

do el articulo por los terminos legales, se proveyò Auto por el Tribunal del Consulado declarando haver lugar el derecho de ofrecer pretendido por D. Martin de Olavide, y adjudicandoselo por el tanto, y con las mesmas calidades que se havia subhastado en el dicho D. Joseph de Semper.

De cuio Auto se sintiò agraviado el referido D. Joseph è interpuso el recurso de apelacion para el Superior Tribunal de V. S. la que se le admitiò, y substanciada la instancia, y conclusa por los terminos legales, conociendo D. Joseph de Semper el incierto exito de los litigios, y que en el primer remate havia intervenido el defecto de no haverse citado para èl en propria persona à D. Martin de Olavide, y otros justos motivos que por entonces le assistieron, y aora no influyen, resolviò mejorar la cantidad del remate en la sexta parte, para cuio efecto presentò escrito haciendo la expressada mejora, y pidiò, que se volviesse à sacar de nuevo al remate el expressado Navio, cuia mejora se admitiò por V. S. sin haverse passado à confirmar, ni revocar el Auto del Tribunal del Consulado, como que era previo el articulo de la mejora, ni à examinar el articulo de si tenia lugar, ò no el derecho de ofrecer deducido por D. Martin, y se mandò, se pregonasse la mejora con tres pregones en el termino de quatro dias: obedecido este Auto, y actuadas las diligencias prevenidas en el, se volviò à celebrar el remate en el mesmo D. Joseph de Semper el dia 4. de Septiembre de este presente año en la cantidad de 23ꝟ333. p. 3. reales haviendo precedido las diligencias de citar para el repetidas vezes en su persona al dicho D. Martin, y vltimamente en el mesmo dia en que se havia de celebrar, à pedimento de D. Joseph de Semper, se le hizo saber en su persona, que en aquel dia se remataba el Navio nombrado Nra. Sra. de Aranzazu, segun consta de los Autos, y no solo no lo contradijo antes si por diversos escritos pidiò que se procediesse à el sin dilacion alguna.

Perficionado este, y extincta la candela, en el dia sub-

sea

ſequente volviò el dicho D. Martin como heredero, y adminiſtrador de las dependencias de D. Domingo de Xauregui, acreedor poſterior en eſte concurſo, à pedir el Navio ſubhaſtado en el dicho D. Joſeph de Semper, por el meſmo derecho de ofrecer, que antecedentemente tenia deducido; de cuio eſcrito ſe diò traſlado à D. Joſeph de Semper, quien contradijo el pedimento por varios fundamentos y doctrinas que ſe repreſentaràn en eſte Informe, y ſe le volviò à dar traſlado à D. Martin de Olavide, y eſte preſentò eſcrito inſiſtiendo en ſu pretenſion, y alegando dilatadamente, de que no ſe dio traſlado à Don Joſeph de Semper, ſin embargo de que preſentò eſcrito en tiempo, ſegun conſta de la fecha de ſu cargo, pidiendolo; y en el interpuſo el recurſo de apelacion de lo omiſo, ò denegado, ante el Tribunal Superior de V. S. à que no ſe diò providencia alguna por el Tribunal del Conſulado; deſuerte que con dos eſcritos por parte de D. Martin de Olavide, y vno por parte de D. Joſeph de Semper, ſe proveio Auto por el dicho Tribunal mandando deſpachar mandamiento de poſeſsion à D. Martin de Olavide enconformidad del Auto en que ſe le havia declarado el derecho de ofrecer àntes del primer remate; de que ſe interpuſo apelacion para eſte Tribunal Superior de Alſadas, y ſe halla concluſo ſobre confirmarlo, ò revocarlo.

Aſentados eſtos hechos, que miniſtra el proceſo, y ſe ha conſiderado neceſaria ſu relacion para la diſputa preſente, ſe correràn las lineas del derecho, omitiendoſe los fundamentos de nulidad del Auto, que ſe alegaron en el eſcrito de expreſion de agravios, aſsi porque los Tribunales ſuperiores, como lo es eſte de V. S. vnicamente paſan à examinar la verdad y Juſticia cerca de lo principal, como por no atender el Tribunal del Conſulado à los apices y formalidades del derecho; y para ſu mayor claridad, y comprobacion de la Juſticia que fomenta D. Joſeph de Semper, y que à D. Martin de Olavide no le compete el derecho de ofrecer en el Navio ſubhaſtado, ſe dividirà en los Articulos ſiguientes.

AR-

ARTICULO PRIMERO.

EN este se fundarà, que el acredor posterior no tiene el derecho de ofrecer à la especie de su deudor, que en hasta publica se subhastò de mandato de Juez à pedimento de los acredores, y de los fundamentos legales de este Articulo se manifestarà, y convencerà, que à D. Martin de Olavide no le compete en el caso presente el derecho de ofrecer; que ha deducido al Navio.

Para la resolucion de este Articulo es necesario fundar que quando el acreedor anterior vende *Iure creditoris*, la especie pignorada de su deudor, no les queda à los acreedores posteriores el derecho de ofrecer: son expresos los textos del derecho comun *in l.* 1. *C. Si antiquior creditor pignus vendiderit illis verbis: Si vendidisset qui ante pignus accepit, persequtio tibi hypothecaria superesse non posset; & in l.* 2. *ibi: Creditore recte distrahente post debitor emptori pretium offerens, vel creditori quod debuit evincere non potest. Text. in lg. Qui à creditore* 18. *C. de distract. pignor. txt. in l.* 3. *ff. de distract. pignor. illis verbis: Cum prior creditor pignus Iure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse Ius offerendę pecunię convenit.* No parece que pudieran desearse mas expresos y decisiuos los textos para comprovar el intento, omitiendose muchos que recogen los AA. por no aglomerar el Informe. De los AA. que han tratado y escrito sobre este derecho de ofrecer, todos vnanimes y conformes enseñan, que quando la venta se hace por el acreedor *Iure creditoris*, no les queda à los acreedores posteriores, ni al deudor el derecho de ofrecer ita D. Thom. de Carleu. *de Iudic.* en el *tit.* 3. en la *disput.* 21 *num.* 1. con las leyes citadas; porque quando el primer acreedor vende *Iure creditoris*, en virtud de la facultad que se le concediò al tiempo del contrato, è hipoteca de la prenda *ex lg. Si convenerit* 4. *ff. de*

pig-

pignoratit. action. ex txt. in §. Contra autem Instit. quib. alienar. lic. vel non, transfiere en el comprador el dominio de la cosa hipotecada sin obligacion à otro; porque como quiera que al tiempo que la recibio no estava hipotecada à otra obligacion, vendiendola, resuelve todo el derecho del segundo acreedor, como que la facultad de venderla precediò la obligacion: *& resoluto Iure datoris scilicet debitoris, resolvitur Ius acceptatoris scilicet secundi creditoris, ex text. in lg. si ex duobus 6. §. Sed & Marcellus fl. de in diem addictione, ex lg, Lex vectigali fundo. ff. de pignorib. & hypothecis. Posthio de subhastation. inspect. 66. num. 1. et Decission. 108. num.* 10. Marescot. en sus varias resoluciones en el *lib.* 2. en el *cap.* 136. *num.* 1. Marco Antonio Sabelli en la *resoluc.* 21. en el *num.* 2. alegando las razones y textos referidos. El Regente Marinis en el *lib.* 1. de sus resoluc. en el *cap.* 219. al *num.* 5. y en el *cap.* 336. *n.* 11. Merlin. *de pignorib. lib.* 4. *tit.* 2. *quest.* 45. *n.* 11. Negusansio *de pignorib.* 5. *p.* 3. *membr. in* 1. *part. eius.* Arias de Mesa en el *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 11. *& cap.* 6. *num.* 7. el Cardenal Corradin. en las decis. recentissim. de la Sagrada Rota Roman. en la *decis.* 5. *ex num.* 6. con la mesma razon de que transfiere el dominio en el comprador como estava en el deudor al tiempo de la constitucion de la hipoteca, de ningun modo sujeto al derecho de ofrecer en favor del acreedor posterior, cuia hipoteca superveniente, assi como no se pudo radicar en la prenda afecta al acreedor anterior, ni impedirle à este la facultad de venderla, assi no adquiriò el acreedor posterior hipoteca paraque en virtud de ella pueda instar por el derecho de ofrecer, porque este no se dà sin la hipoteca: resulta este derecho de ofrecer necessariamente de la hipoteca, y pende de ella en su ser y conservar como la luz del Sol; *ita Carleu.* en el lugar citado, *disput.* 22. *num.* 6. Merlin. en el citado *lib.* 4. *tit.* 2. *q.* 43. *n.* 2. y todos los AA. citados en los lugares referidos enseñan, que donde no ay hipoteca, no puede haver derecho de ofrecer; desuerte que resolviendo el acreedor anterior al tiempo de la venta que

hace

hace al estraño, la hipoteca à favor de los acreedores posteriores en la especie pignorada, les falta à estos el fundamento, y origen del derecho de ofrecer.

Se ha considerado preciso alegar estas doctrinas, y fundar este punto por la suma conexion que tiene con el Articulo presente y que estriba en ellas su resolucion; porque aunque quando la venta se hace en hasta publica à pedimento de los acreedores anteriores, quieran algunos AA. defender que se entiende hecha por el deudor; pero los mas vniformemente enseñan, que se entiende hecha por el acreedor *Iure creditoris*, y que asi conforme à las doctrinas y textos apuntados, quedan los acreedores posteriores excluidos del derecho de ofrecer contra el extraño lisitador, que en hasta publica, y con authoridad Judicial comprò los bienes del deudor comun: y es de notarse, que los AA. que defienden la opinion contraria, y enseñan, que la venta hecha en hasta publica se entiende hecha por el deudor, no admiten el derecho de ofrecer en los acreedores posteriores contra el estraño lisitador, si no es que defienden, se entiende hecha por el deudor para otros efectos, q̃ se expressaràn en la serie del Informe.

Fundado ya, que quando el acreedor anterior vende *Iure creditoris*, la especie de su deudor pignorada à diversos acreedores, *non est locus Iuri offerendi in posterioribus creditoribus*: se pasa à resolver el Articulo propuesto: Quando la venta se haze à instancia y pedimento de los acreedores anteriores en hasta publica de mandato de Juez, en vn estraño lisitador, quedan los acreedores posteriores excluidos del derecho de ofrecer, y se entiende hecha la venta por el acreedor *Iure creditoris*: Marco Antonio Sabelli en la *resoluc.* 21. donde trata exprofesso del derecho de ofrece, quando tenga lugar, à quienes, y contra quienes competa; en el *n.* 5. enseña, q̃ quando el acreedor primero ocurriò al Juez, y obtuvo de el, mediante la subhastacion, vender los bienes que le tenia obligados para la satisfaccion de su credito: *dicitur procul dubio venditio facta Iure creditoris, & non est locus Iuri offerendi*, y que asi

lo

lo prueva latiſsimamente Durand. en la *deciſ.* 445. *num.* 5. y ſiguientes. haſta el *num.* 93. no ſe podrà dudar que la doctrina de eſte Author ſe adapta en los terminos terminantes de ella al caſo preſente; pues ſe celebrò la venta, ſegun miniſtra el proceſo, à pedimento de los acreedores anteriores: D. Martin de Olavide es acredor poſterior; de mandato de Juez, en haſta publica, y en vn eſtraño liſitador; con que ſegun el ſentir de eſte Author ſe debe entender hecha *Iure creditoris*, y por conſiguiente, quedò ſeguro Don Joſeph de Semper, y no le puede moleſtar, ni Don Martin de Olavide, ni otro acreedor poſterior por el derecho de ofrecer.

Es muy apreciable para eſte punto el lugar de Ludovic. Poſth. de ſubhaſtat. en la inſpecc. 66. en que trata del derecho de ofrecer; y al num. 12. refiere la opinion de que la venta hecha por el Juez en haſta publica, no ſe dice hecha por el acreedor, ſinoes por el deudor repreſentado por el Juez, y trahe la razon que vniverſalmente alegan los AA. de eſta opinion, deque *factum Iudicis reputatur factum debitoris*; pero en el n. 13. es de ſentir, que la venta hecha *per viam ſubhaſtationis*, mas propriamente, y ſegun los terminos legales ſe dice hecha por el acreedor, que por el deudor; *& quidem merito* (dice eſte Author, y la dà desde el n. 14.) por que el acreedor regularmente perſigue, è inſta ſobre que ſe haga, y alcontrario el reo la recuſa y huye; y que aſsi ſe haze ſegun la voluntad y commodo del acreedor, y contra la voluntad è incommodo del deudor: el acreedor puede abſtenerſe, y arrepentirſe para que no ſe haga, è impedirla y ſuſpenderla aun deſpues de principiada, lo qual de ningun modo puede el deudor: y en el *num.* 17. replica contra la razon de la opinion contraria en eſta manera: que ſi valiera el que el facto del Juez es facto del deudor para que tuviera lugar el derecho de ofrecer, ſe ſiguiera, que tambien tuviera lugar el expreſſado derecho quando el meſmo acreedor vende, porque el facto del acreedor *eſt etiam factum debitoris*, con Durand. en la citad. *deciſ.* 445. *n.* 77. y 78. y que con todo eſſo,

lo

lo contrario es mas verdadero, con el mesmo Durand. en la expressada decis. y desde el *n.* 19. pasa este Author à explicar, para què se entiende el facto del Juez facto del deudor, y dice, que es para dexarlo obligado al saneamiento de la espacie subhastada en la mesma conformidad que si el proprio deudor vendiesse; pero que no procede la conclusion contraria en quanto à resolver la hipoteca de los otros acreedores, porque en quanto à este efecto, el facto del Juez se entiende facto del acreedor, como si se hiciesse la venta por el mesmo acreedor, el qual quiere exercitar la facultad que tiene de vender *jure creditoris*, la especie de su deudor, mediante el ministerio del Juez, quien imparte su oficio al acreedor executante; y vltimamente en el num. 23. de esta razon y conclusion, deduce, que no tiene lugar el derecho de ofrecer en este caso; cuyo sentir reproduce este Author en la *decis.* 108. *num.* 10.

En los mesmos terminos terminantes suscita la question el citado Carlev. en el referido *tit.* y *disput.* 21. *n.* 3. y en el *n.* 4. refiere la primera sentencia, que dice, se entiende hecha la venta por el deudor, con la mesma razon que apuntò Posthio, deque; *factum Judicis reputatur factum debitoris*; y en el *n.* 6. refiere la sentencia que enseña, se entiende hecha la venta por el acreedor *jure creditoris*, quando à su pedimento se hace en hasta publica de mandato de Juez; pero en el *n.* 8. pone vna sentencia media, la qual dice que abraza y concorda las dos opiniones contrarias; y es, que la venta que se haze por el Juez *rite, & recte*, à instancia de los acreedores, se entiende hecha, por el acreedor *quoad quædam*, y por el deudor *quoad alia*: por el acreedor para excluir à los acreedores posteriores del derecho de ofrecer, y para todas aquellas cosas que le son vtiles al mesmo acreedor. Y por el deudor, assi para que quede obligado al saneamiento, que es la razon que alega Posthio, como paraque no pueda contradecir, ni inpugnar el facto del Juez en la mesma conformidad que si el

proprio deudor vendiesse, pues se convierte en vtilidad suya, que es la satisfaccion de sus acreedores; y funda este Author, que esta opinion es la mas poderosa, porque la opinion que distingue es la que debe prevalecer entre las dos extremamente discrepantes; pues como media, mas se allega à la verdad, *& quidem merito*: dixo este Author, que su opinion media abrasaba las dos opiniones extremas; porque en quanto al efecto de excluir à los acreedores posteriores del derecho de ofrecer, parece que estàn concordes las dos opiniones contrarias.

No serà de menor recomendacion para V. S. las doctrinas del Eminentiss. Luc. por el grande aprecio que ha merecido este grave Maestro, assi à V. S. como à los demas Señores Juezes, y Tribunales; y en diversos lugares de su obra enseña, que la venta que se haze en hasta publica à instancia de los acreedores, se entiende hecha *jure creditoris*, y que quedan los acreedores excluidos del derecho de ofrecer, principalmente contra el estraño lisitador: en el tratado *de credito & debito*, en el *discurs.* 142. con el motivo de haverse vendido *sub hasta, judiciali authoritate*, à instancia de los acreedores de vn deudor de que era heredero vn Monasterio de Monjas, quien cediò el derecho de redimir que le competia *ex statuto senensi*, y deduciendose este derecho contra el estraño lisitador, en quien se havian subhastado los bienes del deudor, dice en el *num.* 3. que algunos sabios que escribieron por el reo, y posseedor dixeron, que la venta que se hacia por el Juez, no se entendia hecha por el acreedor, sino es por el deudor: pero en el *num.* 4. dice, que este motivo, ò razon, no le agradaba, porque *quidquid sentiant Castill. et alij*, es mas comun y recebida la opinion contraria de que la venta que se haze sub hasta por el Juez à instancia del acreedor, se dice hecha *jure creditoris*, con la *l.* 1. y 2. citad. *C. Si antiquior creditor. pig. vendid.* y que *plene & magistraliter* Durand. en la *decis.* 445. la qual *decis.* dice que perpetuamente se

halla

halla canonizada en otras, todas las vezes que se trata de compra hecha por vn tercero lisitador, y que solamente ay alguna razon de dudar quando la compra se haze por el mesmo acreedor, y que en esta opinion concordan las decissiones, y en el *n.* 6. asigna la razon de diferencia que ay en vno, y otro caso, y que es clara en derecho: conviene à saber, que el tercero lisitador està seguro del derecho de ofrecer; pero si competa, ò no, contra el acreedor, *est sub dubio*: y en el mesmo tratado en el discurs. 54. *al n.* 10: suscita la question en los terminos de la disputa presente, de si competa el derecho de ofrecer à los acreedores posteriores contra el estraño lisitador, y resuelve, que es mas verdadera la negativa, *nisi nullitas actus, vel ratio textus in lege et qui sub imag. C. de distract. pignor. aliter non suadeat*, cuyo dictamen lo expressa en el tratad. *de seruitutib.* en el *discurs.* 71. donde dice, que lo determinado en derecho en materia del de ofrecer, que compete al segundo acreedor, no tiene lugar en las ventas hechas *sub hasta quoties nullitas actus &c.* como lo enseñò en el citado *discurs.* 54. en el tratado *de emption. & vendition.* en el *discurs.* 30. *n.* 4. enseña lo mesmo en el tercero lisitador. En el *discurs.* 31. tocò esta materia del derecho de ofrecer con el motivo de haverse subhastado vn Predio à instancia de Camilo, y el lisitador de ai à algunos meses lo cediò à el mesmo Camilo, contra quien Camila acreedora del deudor comun, intentò el derecho de ofrecer; y dice este grave Maestro, que *in partibus obtinuit*; pero *introducta causa per appellationem in Rota, prodiit resolutio pro exclusione Iuris offerendi; à quà tamen in repropositione recessum fuit respondendo pro confirmatione sententiæ ad favorem Camillæ.* Y que escribiendo por Camila le pareciò mas probable la resolucion posterior, respecto deque intervino nulidad, y otros defectos en la subhastacion; pero en el *n.* 4. dice que cessante el motivo de la nulidad por lo que mira al punto del derecho de ofrecer contra el que validamente compra los bienes ven-

di-

didos *sub hasta, jure creditoris*, que *non dubitabatur de regula juris offerendi exclusiva, quatenus de tertio lisitatore ageretur*, con los textos citados, Franch. en la *decis. 69. & plenius magisque exprofesso per Rotam apud Durand. decis. 445. cum qua passim proceditur vtpote in materia magistrali*: desuerte que segun el sentir de este recomendable Maestro en los lugares apuntados, no se puede dudar *de regula juris offerendi exclusiva* contra el estraño lisitador, que valide comprò en hasta publica à pedimento de los acreedores, los bienes del deudor comun, y por consiguiente està seguro D. Joseph de Semper de la molestia del derecho de ofrecer, que le ha intentado D. Martin de Olavide como acreedor posterior.

Comprueba la resolucion del Articulo propuesto, y doctrinas alegadas el Cardenal Corradin. Autor que tratò vnicamente *de jure prælationis*, y en las decisiones recentissimas de la Sagrada Rot. Roman. desde la *decis.* 4. toca del derecho de ofrecer; y en la *decis.* 5. *al n.* 8, enseña, que quando los bienes se adjudican al acreedor como à vn estraño lisitador, ò se venden judicialmente, *& sub hasta* en vn tercero, no queda este de ningun modo sujeto al derecho de ofrecer; y da la razon; porque la venta que se haze *sub hasta*, como quiera que no solo se diga hecha por el deudor representado en la persona del Juez, sino es que tambien interviene el facto del acreedor, el qual en virtud del derecho de prenda è hipoteca puede transferir el dominio de la prenda en el tercer comprador *libere & prout erat tempore infixæ hypothecæ*, les falta à los acreedores posteriores la hipoteca como que à esta precedio la del primer acreedor, y la facultad en el de vender la prenda, y assi quedan los acreedores posteriores excluidos del derecho de ofrecer, como que les falta su origen, y fundamento. El Regente Marinis en el *lib.* 1. de sus resoluc. en el *cap.* 336. en el *n.* 4. pregunta la question de si quando à instancia de algun acreedor se vende la cosa del deudor obligada à muchos, *sub hasta*, y satisfecho el acreedor que instò

por

por la venta *vtrum* las hipotecas de los demas acreedores queden extinctas; y en el *n.* 5. distingue dos casos; el primero, quando la venta se haze à instancia del acreedor anterior; y entonces dice, que *nulli est dubium*, que quedan extinctas las hipotecas de los posteriores, y que se entiende hecha la venta *jure creditoris*; de tal suerte que no les compete à los acreedores posteriores el derecho de ofrecer. El Regente Rovit. en la *observ. al consej.* 12. hablando de los casos en que tiene lugar el derecho de ofrecer en la especie subhastada del deudor, y que les compete à los acreedores posteriores, quando se subhastò en el acreedor anterior, en el *n.* 5. dice, *quod secus esset si esset emptio facta ab extraneo; nam tunc cessat ius offerendi*; donde recoge varios A. A: de este mesmo sentir.

Todos los AA. que se han recogido en este Articulo, citan la decantada *decision* 445. de Pablo Durando, *cum quà* (dicen) *passim proceditur, utpote in materia magistrali*: parece que bebieron de esta fuente; y à la verdad, ninguno se llegarà à ella que quede anxio, ni se le ofresca la mas leve duda deque no le compete al acreedor posterior el derecho de ofrecer à la especie subhastada de su deudor en vn estraño lisitador à pedimento de los acreedores, principalmente haviendose resuelto este articulo *diligenter examinato, & vtrâ que parte acerrime & sæpius informante*, à favor del estraño lisitador, como lo dice este Author al *num.* 53. refiriendo en los numeros subsequentes los fundamentos que influyeron à esta decision, de los quales queriendose alegar algunos en este Informe, son de tan igual peso, que no se ha distinguido el que serà de mayor aprecio para US. en la valanza de su superior comprehension lograràn con seguro acierto su grado y prelacion, porque se recomienda especialmente à US. el lugar de este sabio Doctor, que ha merecido de sus posteriores el que viendole, vnanimes le sigan: lo cierto es, que si la venta que se haze *sub hasta, ministerio judicis*, se entendiera hecha por el deudor *jure debitoris*, de tal suerte que por esta razon tuviera lugar el derecho de ofrecer, nunca se diera

el caſo en que no compitiera à el acreedor poſterior eſte derecho (*quod nemo dicet*) y la razon es, porque ſiempre en la venta de la prenda convencional ſe requiere la ſubhaſtacion, y el miniſterio del Juez, y aſsi ſe practica en nueſtros Reynos; cuyo fundamento alega eſte Author al num. 80. afianzandolo en que lo meſmo ſe practicaba en aquel Tribunal donde ſe havia hecho la venta de la Caſa y Uiña que diò materia à la diſputa ſobre que recayo la deciſion citada. No parece que ſe pudieran deſear doctrinas, ni demas graves Maeſtros, ni mas expreſas en los terminos terminantes del caſo preſente, para que à D. Joſeph de Semper no le pueda moleſtar ningun acreedor poſterior con el derecho de ofrecer à el Navio que ſe le ſubhaſtò à pedimento de los acreedores anteriores en haſta publica, è interviniendo authoridad judicial.

Por tan cierta y conſtante eſtà recebida de los AA. citados la doctrina de que quando ſe haze la venta *ſub haſta* en vn eſtraño à pedimento de los acreedores anteriores, no les compete à los poſteriores el derecho de ofrecer contra el eſtraño liſitador, que paſan à ſucitar la queſtion de ſi quedarà el acreedor poſterior excluido del derecho de ofrecer quando ſe ſubhaſtò la eſpecie del deudor comun en el meſmo acreedor que licitò *vti tertius*: y les motiva la duda, que quando el acreedor compra como acreedor, *& ſic potius tuendi & conſervandi ſui juris, & pignoris gratia, quam acquirendi dominium*, tiene el acreedor poſterior el derecho de ofrecer, y en caſo de duda ſe preſume, que el acreedor que compra, mas lo haze por conſervar ſu prenda, è hipoteca, que no à efecto de adquirir dominio por la ſubhaſtacion; y reſuelven, que quando compra *vti extraneus*, y ſe le haze la venta en publica ſubhaſtacion *tamquam plus offerenti*, ſin vicio de nulidad en ella, quedan excluidos los poſteriores del derecho de ofrecer; *ita Poſthio* en la citada *inſpecc. 66. n. 27* donde propone la queſtion, y dice, que aunque el articulo es *valde dubius*, como lo ſiente Feliciano *de cenſibus* en el *tom.*

2. *lib.*

2. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 13. y Durand. en la dicha *Decis.* 445. *n.* 86. pero que estos AA. se inclinan por la opinion negativa, y dizen, que es la mas comun; de cuyo sentir es el dicho Posthio en el mesmo num. *illis verbis*: *Quibus & ego libenter adhereo.*

Esta mesma doctrina enseña Marco Antonio Sabelli en la *resoluc.* 21. ya citada *num.* 12. *illis verbis*: *Ita vt creditor posterior non habeat jus offerendi, etiam quando primo creditori, non tamen vti creditori, sed tamquam penitus extraneo oblatori fuit res à judice, mediante subhastatione, deliberata* citando à Feliciano, y à otros con Durand. en los lugares enunciados; y vnicamente la limita si consta que comprò *sui juris conservandi gratia*, que entonces mas propiamente es addicion, que no verdadera compra; concuerda con el sentir de este Author el Cardenal Corradin. en la *decis.* 5. *n.* 2. *y* 8. *y en la decis.* 7. *n.* 1. que todas las vezes que los bienes se adjudican al acreedor anterior que comparece *vti tertius & extraneus oblator*, quedan excluidos los posteriores del derecho de ofrecer, y es limitacion de la regla que concede al acreedor posterior el derecho de ofrecer contra el anterior acreedor, en quien se subhastò la especie del deudor comun.

El Eminentissimo Luca en el citado discurs. 31. en que trata del derecho de ofrecer, cuya especie se halla ya referida en este Articulo, en el *n.* 5. *versic. Quamvis autem*, dice que por lo que mira al motivo de que el animo de los acreedores en aquel caso fue comprar para ellos, poniendo vna persona simulada para la lisitacion; aunque el obtuvo en la resolucion, le agradò poco esta razon; porque à la manera que quando el acto de la subhastacion se haze *valide ac sincere, servatisque alijs de jure servandis*; sin duda alguna està cerrado el derecho de ofrecer contra el estraño lisitador; no halla congruente razon, porque aya de competir este derecho contra el acreedor lisitante, estando oy recebida la conclusion no solamente *in Rota & curia, sed vbique*, que puede el acreedor publica y descubiertamente comparecer entre los demas postores, y lisitar, y de lo contrario la qualidad de

acree-

acreedor lo hiciera de deterior condicion que otro estraño, y se le denegara la facultad que compete à qualquiera del pueblo; y en los numeros siguientes prosigue enseñando, que todas las vezes que se trata de la venta hecha *sub hasta, publica authoritate, valide, ac sincere, servatis servandis*, ni aun la simulacion de persona, ò nombre es prohibida, *quoniam esset dare inconveniens quod nobilium, ac magnatuum ad quorum instantiam bona debitorum subhastantur, & quibus indecorum est in publica hasta cum pluribus oblatoribus contendere, deterior esset conditio, quam cuiuslibet plebei*: desuerte que assi este grave Maestro, como los demas citados, y los que estos recogen, son de setir, que ni contra el acreedor anterior, quando lisitò como estraño, les compete el derecho de ofrecer à la especie subhastada; y por consiguiente, *& potiori ratione* quedan excluidos de este derecho contra el verdaderamente estraño lisitador.

Vltimamente se concluye este Articulo advirtiendose deque todas las disputas y questiones que tratan los DD. cerca de este derecho de ofrecer, que compete al acreedor posterior; quando tenga lugar, ò nò, proceden tan solamente entre los mesmos acreedores, porque entre ellos se versa la razon de dudar de si comprò *pignoris gratia conservandi, potius quam acquirendi dominium*: en cuyo caso le compete al acreedor posterior el derecho de ofrecer *dimittendo anteriorem per actualem oblationem pretij*: pero no ay duda ni disputa entre el acreedor posterior, y estraño lisitador deque no tenga el derecho de ofrecer: *ita* el citado Cardenal Corradin. en la *decis. 13. n. 6. illis verbis: Et sane, quod in presenti hypothesi termini juris offerendi sint omnino extranei, ex eo colligitur quod quando DD. examinant hanc questionem, de illa agunt inter ipsosmet creditores venditoris*; y al *n. 7.* concluye este Author la doctrina. *illis verbis: Talis profecto non est casus presens, quia neque Ferruti erant creditores, neque ipsi voluerunt emere rem jure debitoris; & propterea si voluerunt illam irrevocabiliter acquirere, cessat contra ipsos jus offerendi*

vt

vt de se patet: y asi, *patet*, que el Articulo queda plenamente instruido con los textos alegados, y doctrinas contestes de los AA. que parece no se puede dudar *de regula juris offerendi exclusiva* en el caso presente.

ARTICULO SEGUNDO.

EN este Articulo se fundarà, que el acreedor que citado en propria persona para la subhastacion de la especie pignorada, no comparece, ò consiente expressamente en la venta y enagenacion de la prenda que le estava hipotecada, queda excluido del derecho de ofrecer, aun en aquellos casos enque le compete.

La resolucion de este Articulo tiene grave conexion; y pende del Articulo precedente; porque haviendose en el fundado que la hipoteca que tiene el acreedor en la especie de su deudor es el fundamento y origen del derecho de ofrecer de tal suerte que en su ser, y conservar pende de ella, como la luz del Sol, disolviendose esta por la venta que se haze con citacion del acreedor, no ay duda que quedarà excluido del derecho de ofrecer por el consentimiento en la enagenacion de la prenda: Negusans. *in 6. p. 3. membr. n.* 12. pone por regla, que el acreedor que consiente enque se venda la prenda; por su consentimiento es visto, que remite el derecho de hipoteca y prenda que tenia; y esta regla consta en casi todo el titulo *C. de remiss. pignor. & precipue in l.* 2. *ibi: Nam obligatio pignoris consensu: & contrahitur; & disolvitur & in l.* 4. *ibid. et in l.* 4. *ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit. ibi: Et magis est ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum est: & in §. Si in venditione. eiusd. leg.* con otras innumerables que recogen los AA. El Señor Salgado. en la 3. *parte* de su *Labyrinth.* en el *cap.* 2. desde el *n.* 105. enseña esta doctrina deque pasa la cosa del deudor en el comprador libre de todo nexo de prenda, à lo menos respecto

de los acreedores que fueron especialmente citados al concurso, y por cuyo consentimiento, è instancia se subhastò publicamente; y da la razon al *n.* 108. *illis verbis*: *Quia cum res pignorata creditorum consensu alienatur, & distrahitur & extinguitur hypotheca, & in emptorem libera ab omni hypothecę onere transfertur*: En cuyo lugar recoge varios textos, y copioso numero de AA. Guzman *de evictionib.* en la *quest.* 34. *desde el n.* 40. defiende la misma doctrina deque quando los bienes del deudor se venden à peticion de los acreedores, quedan los compradores seguros, y que en la cosa vendida judicialmente, aunque venga acreedor antiguo, no se puede molestar el comprador judicial, porque quedò libre la especie vendida, del derecho de prenda, è hpioteca.

Y aunque el Señor Salgad. en el *cap.* 10. de esta citada *parte* 3. *al n.* 7. suscita la disputa presente, de quando queda el comprador *sub hasta*, seguro de las molestias de los acreedores, y refiriendo la doctrina de Guzman, diga en el *n.* 8. que no percibiò bien el punto por la cierta y constante distincion que interviene de si fueron los acreedores anteriores citados *specialiter vel tantum per proclamata, & ędicta generalia* porque en este caso, compareciendo los acreedores anteriores pueden molestar à los compradores; pero en el *num.* 9. enseña, que si fueron citados especialmente, y no comparecieron, *habentur pro pręsentibus ad hoc vt amitant jus pignoris & hypothecę*; y al *n.* 10. enseña que, *non est amplius curandum* de aquellos acreedores que intervinieron al concurso; y à cuya instancia se subhastaron los bienes del deudor; porque respecto de estos *penitus extinctum & sublatum fuit jus pignoris aut hypothecę*, y que assi no pueden molestar mas al comprador; refiriendose à los textos y DD. que quedan citados: deque resulta, que no siendo Don Martin de Olavide acreedor anterior (aun en cuyos terminos proceden las doctrinas) y que fuè citado especialmente, y lo que mas es, que instò por la venta del Navio, como ministra el proceso, no ay duda que perdiò el derecho de hipoteca, origen y fundamento del de

ofre-

ofrecer, y por consiguiente quedò excluido de el. De estas proprias doctrinas lo deduce assi el citado Señor Salgado al *n.* 14. *illis verbis: Et hinc & tertius rei emptor hypothecatę ad instantiam priorum creditorum tutus est à jure offerendi intentato per posteriores creditores, ad quod in hoc casu non admituntur.*

Concordemente enseñan esta doctrina otros varios AA. Antonino Amato en sus *resoluc. forens. en la resoluc.* 11. *n.* 3. cuyas palabras por tan peculiares se refieren: *Adeoque creditores huiusmodi citati omnimodam obligationem pignoris amisisse dicuntur, vt etiam à jure offerendi, quod regulariter est effectum hypothecę excludantur*; con Fachineo en sus controversias *lib.* 11. *cap.* 9. *sub versic. Posterioris sententiæ fundamentum.* Marinis en el citado *cap.* 219. *n.* 8. donde diciendo q̃ el acreedor posterior tiene derecho de ofrecer contra el anterior à quien se le adjudicò *sub hasta* la epecie de su deudor, la limita con estas palabras: *Nisi (adde tu) præsente posteriore creditore, qui potuit lisitare, & non lisitavit, venditio facta esset; hoc enim casu posteriori creditori jus offerendi denegandum esse*, y que *ita decisum* dice Thesauro en la *decis.* 157. Merlin. en el citado *lib.* 4. *tit.* 2. *quest.* 45. *n.* 17. en los mesmos terminos que Marinis, la limita *si citatus fuerit secundus creditor.* Carleu. en el referido *tit.* 3. *disput.* 22. *n.* 8. si la venta se haze *præsentibus & petentibus creditoribus primis*, con la razon propuesta deque la hipoteca se desata, quando el acreedor de la cosa hipotecada consiente à la venta, y esta surte su efecto.

Muy apreciable para la resolucion de este Articulo, es el lugar del Eminentiss. Luc. en el tratado *de Fæudis en el disc.* 36. por adaptarse puntualmente las razones que alega en el *n.* 14. al caso presente: el hecho y litigio que se refiere en este discurso es de haverse subhastado en Thomàs de Guevara, como en mayor postor, à instancia de los acreedores de Nicolas Grimaldo vna Ciudad que posseìa *jure antiqui fæudi*, y Maria Francisca hermana del dicho Nicolas

inten-

intentò contra Thomàs de Guevara el *jus prothomiseos; seu prælationis*; y diciendo en el citado *n.* 14. este Author, que la razon que se havia ponderado por otros para la exclusion de este derecho; de que no el feudatario, sino es el Juez havia vendido, era poco segura, dice, que la razon verdadera es porque esta prelacion se funda en sola razon de equidad, la qual cessa en la venta publica, y que es mayor la equidad que interviene porque subsista la venta, de tal suerte que supera à la otra equidad; y lo funda en tres razones de grave peso; la primera, que es mas conforme à equidad, è importa mas al publico comercio, que los compradores *sub hasta*, y con authoridad publica, no queden engañados: la segunda, porque ya los postores se desistieran y apartaran, y los remates nunca se llegaran à hazer por el justo y conveniente precio en perjuicio de los acreedores, de los deudores, y del publico comercio: y la tercera, porque aunque en el caso de la enagenacion y venta voluntaria y privada sea el successor de sangre digno de equidad, porque como ignorante de la venta no pudo hacer las diligencias para que el feudo no saliese de su sangre; pero que esta razon cessa en la venta *sub hasta*, que como publica y notoria pudieron concurrir con los demas postores, y assi sacar el feudo, y que à si se lo imputen; principalmente si fueron de los acreedores à cuya instancia se hizo la subhastacion; y por estas razones, hablando en terminos del derecho de ofrecer, dice las palabrs siguientes: *Vnde propterea magis receptum in jure habemus quod vbi etiam adversus lisitatorem competeret secundo creditori jus offerendi illud cessat quoties ipse secundus creditor certam notitiam habet subhastationis*: y lo comprueva con la reflexion deque la prelacion que compete al Señor de dominio directo en la enagenacion de la cosa emphyteutica, cessa quando se haze *sub hasta*, y con authoridad judicial à sabiendas del Señor, è instando este; y concluye este Author con estas palabras: *Quia sic cessare dicitur illa æquitas, quia est potissimum, ac vnicum huius prælationis fundamentum.*

Es-

Este lugar no solamente comprueba la resolucion del Articulo propuesto en los terminos terminantes de que el acreedor que tuvo cierta noticia de la subhastacion, y no compareciò entre los demas postores, à si se lo debe imputar, y queda excluido del derecho de ofrecer, sino es que las razones que alega este Author *ad excludendum Ius prothomiseos prælationis seù congrui*, en el caso presente influyen en todas sus circunstancias: pues la primera de que es mas conforme à equidad, e importa mas al publico comercio, que los compradores *sub hasta*, y con authoridad judicial no queden engañados ni burlados, no necesita de aplicacion, porque *de se patet*; y lo proprio acontece con la segunda razon de que los postores se desistieran y apartaran, de que resultara que nunca los remates se hicieran per el justo precio; lo que era en perjuicio de los acreedores, de los deudores, y del publico comercio; concurre en el caso presente; respecto de que si Don Joseph de Semper huviera sabido, que hecho el remate del expressado Navio se le havia de adjudicar à Don Martin de Olavide por el derecho de ofrecer, no huviera comparecido à hacer postura alguna, y de este modo huviera logrado D. Martin de Olavide sacarlo en menos cantidad de aquella en que se rematò en perjuicio de los acreedores de los deudores, y del publico comercio, rematandosele en el precio que le pareciese, y no por el justo y conveniente.

La tercera razon, que à la verdad es de grave peso y consiste en que cessa la razon de equidad en que se funda el *jus prothomiseos*, quando la venta se hace *sub hasta*, porque como publica y notoria pudieron concurrir con los demas postores, y sacar el feudo, principalmente si fueron de los acreedores à cuya instancia se hizo la subhastacion, en todo su contexto se adapta al caso presente, respecto de que el remate que se hizo en Don Joseph de Semper, fue *sub hasta*, con authoridad judicial, publica y notoriamente, haviendo precedido citacion à Don Martin de Olavide; conque à si se debe imputar el dicho Don Martin el no haver concurrido à

la ſubhaſtacion y ſacar en ella el referido Navio; y mas haviendoſe hecho el remate à inſtancia y pedimento del dicho Don Martin, que es con lo que mas esfuerza ſu razon el citado Cardenal Luca en el lugar referido.

Vltimamente ſe cierra todo lo diſcurrido y alegado en eſte Articulo con vna reflexion q̃ ſe recomienda à la ſuperior atencion de V. S. y conſiſte en que ſegun miniſtra el proceſo, pidiò Don Joſeph de Semper, que Don Martin de Olavide compareciese à la ſubhaſtacion, paraque ſi tenia algun derecho que deducir al Navio que ſe ſubhaſtava, lo hicieſſe en el miſmo acto de la liſitacion; à cuyo pedimento reſpondiò Don Martin, que era eſtraña la pretenſion de Don Joſeph de Semper, è inſtando en que ſe hicieſſe el remate con toda brevedad; deſuerte que no quiſo parecer à la liſitacion, ni pedirlo en aquel acto por el tanto de la poſtura de D. Joſeph de Semper por el derecho de prelacion (ſegun la *l. 1. ff. de privileg. creditor.* cuyo derecho ſe tocarà en ſu lugar) rezeloſo de que Don Joſeph de Semper havia de pujar ſobre la mejora y poſtura que tenia hecha, de que le havia de reſultar à Don Martin de Olavide, pedirlo por mayor cantidad de aquella en que ſe rematò; eſperanſado en que ſiempre havia de burlar à Don Joſeph de Semper con el derecho de ofrecer; y aſsi, ni ſe podra negar, que eſta cautela conque procediò Don Martin de Olavide ha ſido en perjuicio del deudor comun, y de los meſmos acreedores (que es la razon alegada por el Eminentiſs. Luc.) porque à la verdad huviera hecho puja Don Joſeph de Semper, y ſe huviera hecho el remate en mayor cantidad: ni tampoco ſe podrà decir, que ſin embargo de eſta cautela, è inſtancia que hizo ſobre la venta, no ſe le extinguieſſe qualquier derecho de prenda è hipoteca en el Navio, por donde le podia competir el expreſado derecho de ofrecer; y aſsi de la reſolucion de eſte Articulo, en que ſegun los textos y doctrinas alegadas, el acreedor que citado conſiente en la enagenacion de la prenda, è hipoteca, queda excluido del derecho de ofrecer; lo eſtà D. Martin de Olavide en el caſo preſente.

AR-

ARTICULO TERCERO.

EN este se disolveràn las objeciones contrarias, y se procurarà dar su genuina inteligencia à las doctrinas que por parte de Don Martin de Olavide se pueden alegar.

Y porque los argumentos contrarios se pueden formar con doctrinas de A. A. vnos que hablan en terminos del derecho de prelacion; y otros en diversos casos del presente, en los que es cierto compete al acreedor posterior el de ofrecer por derecho comun, y Real de Partida, serà preciso tratar ligeramente del derecho de prelacion, y explicar aquellos casos en que por derecho està admitido este de ofrecer, paraque no siendo ninguno de ellos el presente: *à sufficienti partium enumeratione*, quede excluido Don Martin de Olavide del que ha deducido contra Don Joseph de Semper, y convencido de falso el enthimema vulgar que dice: es acreedor que pierde? luego tiene el tanto en la especie subhastada de su deudor, sin mas examen ni distincion de casos.

De este derecho de prelacion su texto capital es la *ley* 1. *ff. de Priuileg. creditor*, cuyas palabras son: *Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei, & eius qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor, cognatusve; magis tamen creditor, quam cognatus, & inter creditores potior is est, cui maior pecunia debetur.* Los A. A. que ilustran esta decision textual, y con ella sienten, que *in pari oblatione* debe ser preferido el acreedor al cognado; y este al estraño comprador; son Posthio *de subhastation.* en la *Inspec.* 36. *ex num.* 50. el Señor Salgad. en su *Labyrint. part.* 2. *cap.* 2. *ex n.* 13. Amador Rodriguez 2. *part. artic.* 5. *num.* 7. Parladorio *lib.* 2. *rer. quotidian. cap. fin.* 5. *part.* §. 13. *n.* 10. Marco Antonio Sabell. en la *resuluc.* 21. *n.* 14. Pero este derecho de prelacion se diferencia del de ofrecer en que vnicamente se admite en el mesmo acto de la lisitacion en igual postura con el estraño, ò cognado; pero no *post factam venditionem*, que es

quan-

quando entra el de ofrecer en los casos que enseñan los A. A. tiene lugar, como se colige manifiestamente de las mesmas palabras del texto, *ibi* : *Cum bona veneunt*, que hablan de presente, quando los bienes se estan vendiendo, y no despues de celebrada la venta; cuyo sentido consta de la glos. *ibi*: *Cum tractatur de bonis debitoris vendendis* : en los mesmos terminos lo entiende y explica el Señor Velà en la *disertac.* 17. *n.* 35. en que distingue y separa este derecho de prelacion del de retracto, que propriamente tiene lugar quando la especie ya se havia vendido; y que el de prelacion vnicamente procede quando se da concurso entre muchos que quieren comprar *ante factam, vel perfectam venditionem*, y contexta con este sentir el P. Oñate en el *tom.* 3. *tract.* 21 *disp.* 72. *sect.* 1. *n.* 15. hablando del privilegio de prelacion, dice que es *in concurrentia ante venditionem*; y en la *seccion* 2. *n.* 16. enseña, que impropriamente se llama retracto, porque este, para que se verifique, requiere que ya se aya presupuesto el contrato, y da la razon al *n.* 26 : *Nam quod nondum est, retractari aut resolvi proprie non potest*, y assi dice Evia Bolaños en *la* 2. *part.* del juicio executivo, §. 22. *n.* 5. que quando las dos posturas son iguales, se ha de hacer el remate en la primera, salvo que en igual causa el comprador pariente del deudor ha de ser preferido al estraño y el acreedor al pariente; fundandolo en la citada *ley* 1. *ff. de privileg. creditor.* Desuerte que este derecho de prelacion vnicamente tiene lugar en las posturas antes de que se perficione la venta; y assi se convence, que las doctrinas de los A. A. que hablan en terminos del derecho de prelacion fundados en la citada *ley* 1. no se deben adaptar al caso presente, como que es diverso el derecho de ofrecer que ha deducido Don Martin de Olavide; y por este motivo se pidiò por Don Joseph de Semper, que se le citasse para la subhastacion, paraque si Don Martin queria deducir el derecho de prelacion, lo executasse en el conflicto del remate, quedandole à D. Joseph de Semper la libertad de hacer puja, y mejorar la postura; lo que huviera cedido en bene-

ficio

ficio del deudor comun, y de los mesmos acreedores.

Quando el deudor vende la especie pignorada à varios acredores aora la venta se haga en vn estraño comprador; aora se la venda ò dè en pago à su acredor anterior, les queda à los acredores posteriores el derecho de ofrecer; son expresos los textos del derecho comun, la *ley* 1. §. *Cum autem, C. si antiquior creditor; la ley Cum prior ff. de distract. pignor. la ley Potior* §. *final. ff. Qui potiores in pignore, vel hypotheca; y la ley* 1. *y la ley Prior C. Qui potior. in pignor.* Del derecho Real de Partida la *ley* 34. *y la* 46. *tit.* 13. *partid.* 5. Duran. en la citada *decis.* 445. *al num.* 1. *y* 2. pone por regla vulgar de derecho, que le compete al posterior acreedor el derecho de ofrecer en este caso. El Cardenal Corradin. en la *decis.* 4. *num.* 1. Marco Antonio Sabell. *resolut.* 21. *n.* 1. *y* 36. Negusancio 5. *parte, membr.* 3. *n.* 1. Posthio en la *inspect.* 66. *n.* 81. *& dicis.* 108. *n.* 1. *&* 2. Marinis en sus resoluciones en el cap. 219. *ex num.* 2. Carleval *tit.* 3. *disput.* 21. *n.* 1. y todos estos AA. con los textos referidos se fundan en que quando el deudor vende, aora sea à su acredor anterior, aora à vn estraño comprador, transfiere la especie obligada y pignorada con la mesma hipoteca, *& cum suo onere* como que no està en su facultad el libertarla de la obligacion; la ley *Alienatio* 67. *ff. de Contrahen. empt:* la ley *Adde eum* 35. §. *Lucius ff. de Donationib.* y assi, quedandoles à los acreedores posteriores salva su hipoteca en la venta que hace su deudor, les queda por consiguiente salvo el derecho de ofrecer, y al contrario quando la venta se hace por el acredor anterior, como se fundò en el Articulo primero: de que se convence, que no haviendo comprado Don Joseph de Semper al deudor comun, ni le pueden perjudicar estas doctrinas, ni aprovecharle à Don Martin de Olavide.

Tambien le compete al acreedor posterior el derecho de ofrecer contra el comprador de la prenda q̃ le estava hipotecada, quando aunque à este se la vendiò el acreedor anterior, no fuè, ni le hizo la venta *jure creditoris, sed jure vendito-*

ditoris: asi lo enseña Marescot. en sus varias *resoluc. cap.* 236 *num.* 1. El Regente Marinis en sus resoluciones *cap.* 219. *num.* 4. Marco Antonio Sabelli en la *resoluc.* 21. *num.* 1. *y* 3. Duran. en la citada *Decis.* 445. *n.* 21. con la *ley* 1. §. *Cum autẽ*, C. *Si antiquior creditor.* y explicando los AA. quando el acredor venda *jure debitoris*, *& non jure creditoris*, dicen que se entiende quando el acredor havia comprado, ò recebido en pago la especie de su deudor, y despues la vende à otro; porque entonces extinguiendose el debito con la solucion, (segun la ley *Si cum venditor ff. de evictionibus*, y otros innumerables textos) deja de ser acreedor; y asi, quando la vende à otro, no se puede decir la venta hecha *jure crediti seu hypothecæ*, porque yà estava esta extincta, si no es que se dice hecha *jure venditoris*, *id est*, *jure debitoris qui ei vendidit*; de cuya explicacion resulta la razon, porquè tiene lugar el derecho de ofrecer en este caso; y es, porque quando se la vendiò el deudor al acredor, passò el dominio afecto à la hipoteca del segundo acreedor, y por consiguiente sujeto al derecho de ofrecer, como que no se le tranfiriò el dominio *irrevocabiliter*, *sed revocabile*; porque no estuvo en facultad del deudor perjudicar en aquella venta al acreedor posterior, y de este mesmo modo lo pasa el acreedor quando hace la venta à otro tercero; conque se convence, que no haviendo comprado D. Joseph de Semper el Navio (sujeta materia del litigio) de acreedor ninguno à quien se lo huviesse vendido, ò dado en pago el deudor comun, se manifiesta, que la venta que se le hizo fuè *jure creditoris*, y por consiguiente, que las doctrinas de los AA. que hablan en la hipothesi referida, no se adaptan al caso presente, y quedò seguro en la subhastacion de esta molestia del derecho de ofrecer.

Regularmente tiene tambien lugar este derecho de ofrecer à favor del acreedor posterior contra el acreedor anterior, aunque este compre en publica subhastacion; asi lo enseña Posthio en la *decis.* 108. *n.* 1. y en la *inspec.* 66. *ex num.* 33. y siguientes; el Regente Marinis en el citado

cap.

cap. 219. *num.* 8. Rovito en la observacion al *consejo* 12. *num.* 3. Duran. en la citada decis. *num.* 51. donde recoje varios AA. fundados enque quando el acreedor compra aun en caso de duda, siempre se presume que lo haze *potius tuendi sui juris gratia, quam acquirendi dominium*, con la ley *Cum secundus* §. *final*, y la ley *Cum posterior. ff. de distraction. pign.* y assi queda la especie subhastada en el acreedor anterior con los mesmos vinculos que tenia en poder del deudor sujeta al derecho de ofrecer; aunque quando compra como estraño quede excluido el derecho de ofrecer, segun se fundò en el Articulo primero.

En la mesma conformidad, vnanimes admiten todos los AA. citados, y el Cardenal Luca en el *discurs.* 31. *num.* 3. este derecho de ofrecer, quando intervino nulidad en la subhastacion; porque como quiera que entonces ni perdiò el dominio el deudor en su especie, ni se transfiriò en el comprador, no se puede decir verdaderamente tal, si no es *merus & nudus detentor*; conque se halla la especie en poder de este despues de la subhastacion, del mesmo modo que estava antes en el dominio del deudor, sujeta à los proprios vinculos y obligaciones; y quando compra el acreedor, aunque sea en publica subhastacion, *simulate, & per interpositam personam*, quieren algunos AA. que tenga lugar el derecho de ofrecer; ita Duran. en la citada decis. al *n.* 92. en cuyo caso dice que procediò la decision de la Rota *in causa Anconitana*. Posthio en la decis. 188. num. 13. y otros que estos recogen; con la ley *Et qui sub imagine, C. de distration. pignor.* y que aunque este texto habla quando la venta se hizo extrajudicialmente por el acreedor, y à el mesmo, interponiendo y simulando otra persona; pero que en materia del derecho de ofrecer, no es de aprecio, ni importa el que la venta se haga por la parte, ò por el Juez; y que assi no se debe restingir la prohibicion de esta ley solo al caso de quando el acreedor venda extrajudicialmente, y compra el mesmo mediante persona simulada: concurriendo assi mesmo la otra

ra.

razon de que en ese caso se presume hecha *potius tuendi & conservandi sui juris gratia, quam acquirendi dominium*: por cuyas dos razones dice Duran. en el citado num. que fuè justa la decis. de la Rot. en aquella causa; y de la explanacion de estos casos resulta que no haviendo intervenido nulidad en la subhastacion, ni ser Don Joseph de Semper acreedor que ha comprado *interposita & simulata persona*, no le perjudican las doctrinas de los AA. que hablan en estos casos, y por consiguiente està excluido en el presente el derecho de ofrecer *à sufficienti partium enumeratione*.

Contra la resolucion del primer Articulo se alegarà la doctrina de Castillo en la decis. 91. que regularmente citan todos los AA. por la contraria opinion; pero serà suficiente solucion, (por no haverse podido haver à las manos este Author para su reconocimiento, por la falta de copia, y vrgencia de tiempo) lo que dice Posthio en la citada inspeccion al *num.* 2. y Duran, en la citada decision al *n.* 91. que *non est attendenda* la decision de Castillo *vti nova & contraria communi, & receptissimę omnium DD. sententię, & fulsita levissimis fundamentis*, y sigue haziendose cargo de la decision de la Rota *in causa Anconitana*, asignando las razones, por què fue justa aquella decision; y en el *n.* 85. dice, que el que no competa el derecho de ofrecer al acreedor posterior contra el estraño lisitador, *tenent omnes quotquot sunt DD. quod adeo verum est vt vix reperiatur inter DD. fuisse hoc vnquam in controversiam deductum*: Conque si alguno se citare por parte de Don Martin, serà muy singular, que, *per transenam*, muy ligeramente, *& non exprofesso*, lo haya dicho, ò en terminos de lesion y nulidad, en cuyos casos queda explicado, tiene lugar el que se abra el remate, ò el derecho de ofrecer: y à la verad, los AA. que admiten este derecho de ofrecer contra el estraño lisitador, siempre proceden en alguno de los casos expressados, y lo fundan con los textos correspondientes à el caso, como Arias de Mesa en el *lib.* 1. *cap.* 6. trahe la

doctri-

doctrina de Antonio Fabro *decad.* 1. *error.* 5. donde dice, que tiene lugar este derecho de ofrecer contra el estraño; pero habla en terminos de la ley, *Et qui sub imagine C. de distract. pignor.* la que trahe Antonio Fabro para comprobacion de su doctrina, y este es vno de los casos que quedan explicados, diverso del presente.

Y aunque se tiene noticia que en el vltimo escrito ha ideado Don Martin de Olavide vn nuevo efugio, que hasta entonces no se le havia ofrecido, mas, quizà, por adaptar doctrinas, que por persuadirse à ello; diciendo, que el Navio que se ha subhastado en D. Joseph de Semper, es para el Marquès de Casa Calderon, acreedor excluido en este concurso, se satisface peremptoriamente; lo primero con la doctrina del Eminentiss. Luc. en el citado *discurs.* 31. *de emption. & vendition. al n.* 6. donde dice, que no halla ninguna razon congruente por què se admita en este caso el derecho de ofrecer, quando contra el estraño està sin duda cerrado este derecho, y prosigue en los numeros subsequentes fundando su sentir con las razones que quedan alegadas en el primer Articulo; sin embargo, porque ay algunos A. A. de contrario sentir, y no quede en opinion el derecho de Don Joseph de Semper, se responde lo segundo, que en los terminos que enseñan los A. A. la doctrina de que se patrocina la parte contraria es, quando consta plenamente por instrumento de cesion y declaracion, ò prueba plena, que el estraño lisitador subhastò para el acreedor excluido en deterior lugar; y el proceso ni ministra semejante prueba, ni à Don Martin se le havia ofrecido hasta el vltimo pedimento: y las presumpsiones con que viste su ofrecimiento, son debilissimas; por que en quanto à la primera de que el Marquès de Casa Calderon le hablò para que se desistiesse del empeño, tambien consta de los Autos que le propuso hiciesse compañia con Don Joseph de Semper, ni este debe referir sus medios, solo si, puede representar à V. S. el buen credito que debe al Comercio, y

el caudal que maneja publica y notoriamente, omitiendose insistir en este punto por tan despreciable el nuevo medio que ha alegado Don Martin : Amato en la *resoluc.* 7. *al n.* 44. tambien admite este derecho de ofrecer contra el estraño comprador de la cosa hipotecada; pero habla en terminos de quando la venta se hizo por el deudor, como parece del *n.* 42. y otros varios A. A. que admiten este derecho, reconocidos prolixamente se hallarà, que proceden en alguno de los casos explanados.

Todavia se quiere instar por parte de D. Martin contra la resolucion de este Articulo con la misma citada doctrina de Carleval en aquellas palabras: *sed extra illas causas si non sit vtile creditori factum Iudicis, non reputatur factum partis*; y que assi, no siendole vtil à Don Martin de Olavide acreedor, ni à los demas acreedores que coadiuvan la pretension de Don Martin, el que corra el remate hecho en Don Joseph de Semper, no se debe entender hecha la subhastacion *à creditore, jure creditoris*; pero esta doctrina se reconociò muy ligeramente, y su sentido es adverso del que se le figura; porque quando este Author dice, que fuera de aquellas causas que dexò enunciadas, sino le sea vtil al acreedor el facto de la parte, se halla *ex diametro* opuesto à la inteligencia contraria; por que entonces hablava este Autor explicando aquellos efectos y causas para què se entiende el facto del Juez facto del deudor, y no del acreedor, (como se entiende) que son para que quede al saneamiento, y para que no pueda impugnar el facto del Juez; y fuera de estas causas, si no le sea vtil al acreedor el facto Juez; v.g. si quiere apartarse el Juez de la venta, lo que no puede hacer el deudor, ò si quiere el Juez vender al fiado, lo que no puede hacer; como la parte, no se entiende entonces facto del deudor; desuerte que es *ex diametro* opuesta esta doctrina à la adaptacion que se le quiere dar de que entonces dice este Author, que no se entiende hecha *à creditore, jure creditoris*: Ni à los acreedores

les

les es mas vtil el que corra el remate hecho en Don Joseph de Semper, ò se le de à Don Martin de Olavide; por que no haviendo mejora ni en la cantidad, ni en la calidad del remate, y que la fianza que tiene dada D. Joseph de Semper es à satisfacion del Escribano del Tribunal, à quien le toca el recebirla, segun lo resuelto por V.S. les es igualmente vtil à los acreedores que corra el remate hecho en Don Joseph de Semper, ò que se le adjudique à D. Martin de Olavide.

Ynsistese por parte de Don Martin, que en el escrito en que pidiò se procediesse al remate, protestò vsar de su derecho, y que asi ha deducido legitimamente el de ofrecer; à cuyo fundamento se dan dos soluciones, al parecer (sujeto al superior dictamen de VS.) concluyentes: la primera consiste en que la protesta supone el facto, ò derecho de que se protesta vsar; pero esta no le puede dar al protestante el derecho que en la realidad no tiene; conque fundandose por parte de Don Joseph, con las inconcusas doctrinas que se han alegado, que Don Martin no tiene tal derecho de ofrecer, la protesta es *de subjecto non suponente*, y esta no se lo puede fingir: La segunda solucion consiste enque la protesta que es contraria à la dispocision del derecho y substancia del facto, es nula, y no puede obrar efecto alguno; ita Yranso de protestation. *cap.* 33. *num.* 1. con la ley 1. §. *Si ex fundo, ff. de hæredibus instituend.* y otros varios textos y AA. que recoge en este lugar, y en el cap. 27. y que la protesta de Don Martin de Olavide sea contra la disposicion del derecho, y substancia del hecho, se hace patente; porque haviendose fundado en el Articulo segundo, que aun en aquellos casos en que tiene lugar el derecho de ofrecer, si citado el acreedor consiente en la enagenacion de la prenda, se disuelve la hipoteca, y queda excluido de ofrecer segun los textos alegados en el dicho Articulo, es contrario, è implicante (aun quando en este caso le compitiera el derecho de ofrecer) que pida se venda y enagene la prenda, como lo tenian pedido los demas acreedores, y que le quede la hi-

po-

poteca para deducir el derecho de ofrecer (como que se niega en este caso) no le puede aprobechar la protesta à Don Martin, como contraria à la disposicion del derecho.

Contra la resolucion del segundo Articulo se alega por parte de Don Martin, que no se le ha disuelto la hipoteca, porque no consintiò expresamente en la enagenacion, si no es solo tacite, con doctrina de Negusansio 6. *parte membr.* 3. *num.* 23. que es la primera falencia de la regla general de este Author que se ha trahido en el Articulo segundo; pero no se adapta de ningun modo: lo primero, porque no solo consintiò *tacite & expresse*, que es haverse *mere passive*, sinoes que pidiò, se hiciesse el remate: lo segundo, porque esta falencia la restringe este Author al *num.* 25. por estas palabras: *Nisi judex misserit proclama per civitatem*, para que comparesca dentro de cierto tiempo à impugnar la venta; conque haviendosele notificado en propria persona que compareciese al remate, quedò, en sentir de este Author, restringida la falencia y limitacion de la regla, y por consiguiente esta doctrina aprobecha la pretencion de Don Joseph de Semper.

Contra la resolucion del tercer Articulo se ha elegido en el vltimo pedimento el medio del derecho de prelacion, y que este le compete al acredor por el espacio de dos meses, con doctrina del Cardenal Corradin. en la *quest.* 24. *n.* 7. y en la *quest.* 4. *n.* 47. A que se responde, que todos los AA. Regnicolas que se citaron en el lugar en que se tratò del derecho de prelacion, y principalmente el Señor Vela, enseñan, que vnicamente tiene lugar en el mesmo acto de la subhastacion; y lo manifiesta claramente el texto capital de la materia, fuera de que este Author habla en otros casos del presente; y assi examina desde el *num.* 46. de la citada *quest.* 4. quanto tiempo deba aguardar el denunciante despues de hecha la denunciacion al sujeto que tiene el derecho de prelacion; y estando varios los AA. en este termino, refiere en el *n.* 47. varios casos, y segun ellos diversos terminos; por que aun-

que

que dice, que debe esperar dos meses, procede quando el emphyteuta quiere vender la cosa emphyteutica, en que tiene prelacion el Señor de dominio directo, y otros casos semejantes, que son diversos del presente, en que solo tiene prelacion el acreedor *in pari oblatione*, *& non post factam venditionem*; conque se convence, que la doctrina de este Author no se adapta al caso presente: tambien con doctrina del mesmo Corradin. en la decis. 15. *ex num.* 5. se dice por parte de Don Martin, que este remedio del derecho de ofrecer se funda en vna summa equidad, porque es cosa amarga, que el acreedor posterior excluido por el anterior, no goze de este beneficio para recuperar algo de su perdida, y con doctrina de este mesmo Author en la decis. 6. *num.* 19. se dice, que el acreedor posterior como que trata de evitar su daño, se le hade subvenir por este recurso aun en caso de duda; pero en vna y otra parte procede este Author entre acreedores, como se manifiesta reconociendo los lugares; y asi en la decis. 13. *n.* 6. enseña, que todas las questiones y dudas que intervienen cerca de este derecho de ofrecer, solo se versan y tienen lugar entre acreedores, pero no entre acreedor y estraño; cõque no se adapta al caso presente la razon de equidad, como que vnicamente concurre entre acreedores por los mesmos fundamentos que alega este Author; fuera de que es mayor la equidad que interviene para que subsista el remate hecho en D. Joseph de Semper, segun se fundò en el Articulo primero con doctrina del Eminentissimo Luca.

Aunque en el escrito presentado por parte de Don Joseph de Semper se alegaron dos exemplares en que se havia denegado el derecho de ofrecer, para desvanecer la practica inconcusa en que voluntariamente se dice por parte de Don Martin, que està admitido este derecho de ofrecer, queriendose que esta causa asi se determine, y no por las decisiones textuales, y doctrinas de los A. A. pero aunque se den algunos casos practicos en que se haya declara-

do haver lugar el derecho de ofrecer, havràn militado algunas de las circunſtancias que ſe expreſſaron en el principio de eſte Articulo, en que tiene lugar el expreſado derecho de ofrecer; y à la manera que à los caſos practicos en que ſe ha denegado el derecho de ofrecer, ſe ſatisface por Don Matin, diciendo que influyeron otras circunſtancias; en la meſma conformidad ſe dice por parte de Don Joſeph, que qualquier caſo practico que ſe aſigne de haverſe admitido eſte derecho, concurririan otras circunſtancias que en el preſente, por ſer quaſi impoſible, que en los negocios concurra identidad en los hechos y circunſtancias para que lo reſuelto en vno debiera practicarſe en el otro; y aſsi, no ſe deciden los litigios por exemplos, ſino por las leyes del derecho, y doctrinas de los A. A. y hallandoſe eſtas vniformes, y de los mas graves y recomendables D. D. de nueſtra facultad, que excluyen eſte derecho de ofrecer, y que las que concibe opueſtas el diverſo ſentido, ò equivocacion de Don Martin, bien examinadas, y no en ſu ſuperficie, lo admiten en otros caſos diverſos del preſente, ſe convence, que ni ay practica inconcuſa en contra de la pretenſion de Don Joſeph, ni doctrina que le perjudique, ni exemplares prácticos que deban apreciarſe à viſta de la dilatada ſerie de D. D. que ſe han apuntado en eſte Informe, y otros innumerables, q̃ eſtos recogen, todos concordemente excluyendo el derecho de ofrecer en el caſo preſente.

RECOPILACION BREVE, Y SVMMARIA DE LOS ARTICVLOS FVNDADOS, y concluſiones que de ellos ſe deducen.

ARTICULO PRIMERO.

EN el Articulo primero ſe fundò, que el acredor poſterior no tiene el derecho de ofrecer à la eſpecie de ſu deudor, que en haſta publica ſe ſubhaſtò à pedimen-

dimento de los acreedores anteriores en vn estraño lisitador.

Luego siendo Don Joseph de Semper estraño lisitador en quien se subhastò el Navio sujeta materia del concurso de mandato de Juez, à pedimento de los acreedores anteriores, quedaron Don Martin de Olavide, y los demas acreedores posteriores, excluidos del derecho de ofrecer.

ARTICULO SEGUNDO.

EN el Articulo segundo se fundò, que el acreedor que citado en propria persona para la subhastacion de la especie pignorada no comparece, ò consiente en la venta, queda excluido del derecho de ofrecer aun en aquellos casos en que le compete:

Luego haviendosele citado en propria persona à Don Martin, y pedido este, que se subhastase, quedò excluido del de ofrecer, aun quando le compitiera.

ARTICULO TERCERO.

EN el Articulo tercero se explicaron y manifestaron los casos en que vnicamente tiene lugar el derecho de ofrecer à favor del acreedor posterior:

Luego no siendo ninguno de ellos el presente, està excluido Don Martin de Olavide.

Y queda en breve recopilado el Informe, y satisfecho Don Joseph de Semper, que à presencia de la luz de la superior comprehencion de VS. lograràn su genuina inteligencia las doctrinas de los AA. y huiràn y se desterraràn las mas obscuras sombras que intentan confundir el claro derecho y justicia que fomenta. Assi lo siento, *Salvo &c.*

Doct. D. Manuel de Gorena y Beyrìa.

TBA 619
F819i
v.2
1-SIZE